

(譯本)

販毒罪的法益
抽象及推定危險犯
毒品之少量
販賣及不法行為
販賣 — 吸食者
少量販賣
不法持有供自己吸食及向第三人出售
1月28日第5/91/M號法令

摘要

一、第5/91/M號法令第8條第1款販賣罪擬保護的法益是身心兩方面之公共健康，因此，販賣罪是抽象或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著一項真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已經足夠。

二、1月28日第5/91/M號法令第8條第1款明確規定條件下簡單持有毒品，足以構成有關法定罪狀歸罪的“不法活動”之一，為此沒有必要舉出向第三人“讓予”毒品的若干具體行為的正面證據，這種讓予行為本身也構成該法定罪狀規定的“不法活動”之一。

三、為著適用第5/91/M號法令第9條第3款，第9條不絕對要求在任何具體情況中均須以淨重來確定有關物質或製劑之量。因為，為著該條第1款可能產生之效果，必須考慮吸食有關毒品之情節，而第5款的規定正是這個精神。按第5款，為著第9條規定之效果，對於販賣中最流行的每種物質及製品之少量之具體量值，應按經驗法則及有權限實體之自由心證評價。

四、在為每類有關物質或製劑訂定“少量值”時，不能過度地關注它的致命量，而應當更加適當地關注法律明確規定的“不超過3日內個人所需吸食量”。

五、在沒有證實嫌犯實際吸食毒品之量以及是否每日吸食的情況下，必須按照在其條件下一般吸食者的吸食需要來推斷行為人之吸食需要量。

六、如果法院在依職權調查案件標的後，從有關事實事宜中得出：行為人知道某種或多種麻醉物質之一法律上被禁止的性質及特徵，雖然如此，仍然自願持有之，且明知這樣做會抵觸法律，同時，相同事實中沒有得出：作為人作出這種持有行為純粹及完全是為了本人吸食此等物質（從而排除了按照第5/91/M號法令第11條規定及處罰的可能性）；且行為人這個持有行為之排他目的不是取得物質或製劑用於自己吸食（從而也不能按該法令第23條處罰），那麼，該行為人因其持有行為應當以1月28日第5/91/M號法令第8條犯罪直接正犯的名義論處，（該犯罪可與該法令第23條規定及處罰的不法持有麻醉品供自己吸食罪之直接正犯真實實際競合，條件是依法指控且該行為人也是吸毒者一節視為獲事實），除非審理案件的有權限法院（且只有這個審判實體）按照該法令第9條第5款的精神，透過自由心證並按照經驗法則，認為行為人持有且在其控制中搜獲的麻醉物質的量“不超過三日內個人所需吸食量”，那麼行為人只能按第5/91/M號法令第9條之較輕刑幅論處。

七、換言之，只要沒有證實持有毒品的排他目的是取得物質或製劑供個人使用，就不應當適用第5/91/M號法令第11條第1款描述的販賣—吸食者

罪的減輕罪狀。只要法院認為在嫌犯掌握中搜獲的（因此是嫌犯持有的）毒品總量不是少量，就不應當也適用第 5/91/M 號法令第 9 條之少量販賣罪的減輕罪狀，這與下列問題無關（該問題本身對於簡單不法持有毒品情形中的判處無關緊要）：查明犯罪行為人掌握中搜獲的毒品總量中，哪部分或份額之目的是用於個人自己吸食或向第三人提供。因為鑑於第 9 條第 3 款的規定，就適用第 9 條之歸罪規範而言第 9 條沒有就此作出區分，因為第 8 條犯罪的性質是抽象或推定危險犯。

2004 年 7 月 22 日合議庭裁判書
第 160/2004 號案件
裁判書製作法官：陳廣勝

澳門特別行政區中級法院合議庭裁判

甲，身份資料詳見卷宗，作為初級法院第一庭 PCC-004-04-1 號合議庭普通程序卷宗的第二嫌犯，針對該院 2004 年 5 月 7 日作出的下述合議庭裁判向本中級法院提起上訴：

“一、澳門特別行政區初級法院合議庭裁判

檢察院指控嫌犯：

乙，未婚，無業，XXXX 年 XX 月 XX 日出生在 XXX，父親 XXX，母親 XXX，澳門住址為 XXX，電話號碼 XXX，持有澳門居民身份證，號碼 XXX，現羈押於澳門監獄；

甲，已婚，無業，XXXX 年 XX 月 XX 日出生在 XXX，父親 XXX，母親 XXX，澳門住址是 XXX，電話 XXX，持有澳門居民身份證，號碼 XXX，現羈押於澳門監獄。

現查明：

自 2003 年 7 月起，司警收到線報：嫌犯乙通常使用其車牌號 CM-XXXXX 號電單車運載毒品，交給晚上在澳門光顧的士高及卡拉 OK 的第三人。

2003 年 9 月 8 日凌晨 1 時 30 分，經多項調查措施後，司警人員發現嫌犯乙駕駛其電單車（被扣押，第 13 頁及第 15 頁），來到 XXX 大樓花園。將一些物品放在花園中的一棵樹上。

當場截停嫌犯乙，證明在樹上藏有三個透明膠袋，其中一個膠袋內含“2”字樣的 17 粒黃色圓形藥片，另二個內含白色粉末，還有一隻內裝白色粉末的紙袋，身上還有一隻手機（參閱扣押筆錄第 9 頁）。

17 粒藥片經化驗，證實淨總重量 5.462 克，內含 MDMA，該物質淨重量 1.736 克。白色粉末經化驗，證實淨重量 4.234 克，內含氯胺酮，淨重量 2.683 克。

在嫌犯乙居住的[地址(1)]的樓梯間，查獲 12 個透明膠袋，其中 8 個內有白色粉末，一個內含 10 粒藥片，另一個內有 5 粒藥片，還有一個內含 11 粒藥片，所有藥片都是黃色圓形有“2”字樣，還有一個內含白色粉末的紙袋（參閱第 10 頁的扣押筆錄）。

白色粉末經化驗，證實淨重總重量 14.843 克，內含氯胺酮，該物質淨重量 9.940 克。2 粒藥片經化驗，證實淨重量 8.388 克，內含 MDMA，淨重量 2.393 克。

在嫌犯乙的前述住所中，在客廳房門口的一個櫃裏發現一個內有多個小袋的口袋，內含 1 卷膠布、一把黃色剪刀和一把沾有白色粉末的膠湯匙（見第 11 頁的扣押筆錄）。

經化驗膠湯匙，證實內含氯胺酮的殘餘物質。

在住所中還發現丙為嫌犯乙從事家庭雇工有四年左右，每月收入澳門幣 1,800 元，目前澳門幣 2,300 元。

丙持有通行證，在澳門逗留期限已經於 2002 年 3 月 25 日到期。

嫌犯乙在住所收留丙直到事發之日，目的是請其照顧未成年女兒。

接著，5 點 15 分在 XXX 卡拉 OK 門口附近，嫌犯甲駕駛 MB-XX-XX 號電單車（第 55 頁扣押筆錄）前往該處，被司警搜查，在其內褲內發現一卷紙張，內有 4 個小袋，其中 3 個有白色粉末，其餘的 1 袋含 8 粒有“2”字樣的圓形黃色藥片，還有一隻手機，二個記事本，港幣 500 以及澳門幣 8,700 元現金（參閱扣押卷宗第 43 頁）。

白色粉末經化驗，證實淨重量 4.190 克，內含氯胺酮，該物質淨重量 1.931 克。8 粒有待經化驗，證實淨重量 2.571 克，內含 MDMA，淨重量 0.802 克。

在嫌犯甲住址之一（[地址(2)]），在鞋櫃中內發現內有粉末的 2 個紙張，一個內含 45 粒白色圓形藥片之紙盒內有多個小袋的口袋 2 個、一包錫紙、一隻剪刀、1 個膠秤、2 個膠湯匙及 1 張預付電話卡，上面沾有白色粉末（參閱第 52 頁的扣押筆錄）。

白色粉末經化驗，證實淨總重量 0.898 克，內含氯胺酮，該物質淨重量 0.465 克。45 粒藥片經化驗，證實淨重量 3.811 克，內含去甲三唑安定，淨重量 3.811 克，所有上述物品均有氯胺酮殘留物。

MDMA 是 1 月 28 日第 5/91/M 號法令（第 4/2001 號法律修訂）附表 II-A 所列物質，氯胺酮是該法令附表 II-C 所含物質，去甲三唑安定是附表 IV 所列物質。

嫌犯乙被扣押的所有制品都是向嫌犯甲購得。

部分製品用於自己吸食，其他部分，即價值澳門幣 4,500 元的 MDMA（約 40 粒）以及價值澳門幣 3,500 元的氯胺酮（現不可查明其份量）用於交給其朋友“丁”，後者於 2003 年 9 月 6 日 16 時，請求其協助購買毒品。

因此，嫌犯乙如往常一樣聯絡嫌犯甲，在事先約定後於當日晚 20 時在乙所住大廈附近將毒品交給乙。

嫌犯乙在其居所將前述藥片以及氯胺酮包成多個小包。

“丁”多次（至少兩次）請求嫌犯乙為其安排毒品。在這些時候，通常嫌犯乙打電話給嫌犯甲，約定在[酒吧(1)]交易毒品。

嫌犯甲向身份不明者購得被扣押之麻醉品，用於向第三人出售以及自己吸食。

嫌犯甲每日吞食 1 粒 MDMA 以及兩小包氯胺酮。

嫌犯乙及甲被扣押的器具用於包裝毒品以及用於吸食的工具。

嫌犯們自由、自願及有意識地作出行為。

明知毒品的性質及特徵。

嫌犯們取得、保管及交易麻醉品，目的是取得或試圖取得金錢回報以及供個人吸食。

嫌犯們也知道不能持有前述物品作為吸毒工具。

嫌犯乙還知道不能與不持有法律要求在澳門逗留之文件者建立並維持工作關係。

嫌犯乙明知丙不擁有法律要求在澳門逗留的文件，也因此不能夠收留在居所並安排食宿。

嫌犯們明知其行為是法律禁止及處罰的。

檢察院指控並控訴嫌犯們以既遂形式觸犯：

- 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的一項販賣麻醉品罪；
- 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 12 條規定及處罰的一項不當持有器具罪；
- 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的不法持有麻醉品供自己吸食罪。

嫌犯乙以既遂形式觸犯：

- 第 2/90/M 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的收留罪；
- 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款規定及處罰的一項非法僱用罪。

第一嫌犯遞交了答辯書，見第 255 頁，在此視為轉錄；第二嫌犯在第 252 頁主張在卷宗中有理。

二、舉行了辯論聽證及審判

程序的合規性應予維持。

經辯論案件，下列事實視為確鑿：

2003年9月8日凌晨1時30分許，經多項調查措施後，司警人員發現嫌犯乙駕駛其電單車（被扣押，第13及15頁），來到XXX大廈花園。將一些物品放在花園中的一棵樹上。

當場截停嫌犯乙，證明在樹上藏有三個透明膠袋，其中一個膠袋內含“2”字樣的17粒黃色圓形藥片，另二個內含白色粉末，還有一隻內裝白色粉末的紙袋，身上還有一隻手機（參閱扣押筆錄第9頁）。

17粒藥片經化驗，證實淨總重量5.462克，內含MDMA，該物質淨重量1.736克。白色粉末經化驗，證實淨重量4.234克，內含氯胺酮，淨重量2.683克。

在嫌犯乙居住的[地址(1)]的樓梯間，查獲12個透明膠袋，其中8個內有白色粉末，一個內含10粒藥片，另一個內有5粒藥片，還有一個內含11粒藥片，所有藥片都是黃色圓形有“2”字樣，還有一個內含白色粉末的紙袋（參閱第10頁的扣押筆錄）。

白色粉末經化驗，證實淨重總重量14.843克，內含氯胺酮，該物質淨重量9.940克。2粒藥片經化驗，證實淨重量8.388克，內含MDMA，淨重量2.393克。

在嫌犯乙的前述住所中，在房門口的一個櫃裏發現一個口袋，內含1卷膠布、一把黃色剪刀和一把沾有白色粉末的膠湯匙（見第11頁的扣押筆錄）。

經化驗膠湯匙，證實內含氯胺酮的殘餘。

在住所中還發現丙為嫌犯乙從事家庭雇工有四年左右，每月收入澳門幣1,800元，目前澳門幣2,300元。

丙持有通行證，在澳門逗留期限已經於2002年3月25日到期。

嫌犯乙在住所收留丙直到事發之日，目的是請其照顧未成年女兒。

接著，5點15分許在XXX卡拉OK門口附近，嫌犯甲駕駛MB-XX-XX號電單車（第55頁扣押筆錄）前往該處，被司警搜查，在內褲內發現一卷內有4個小袋的紙張，其中3個小袋中有白色粉末，另一個小袋中有8粒有“2”字樣的圓形黃色藥片，還有一隻手機，二個記事本，港幣500元以及澳門幣8,700元現金（參閱扣押卷宗第43頁）。

白色粉末經化驗，證實淨重量4.190克，內含氯胺酮，該物質淨重量1.931克。8粒有待經化驗，證實淨重量2.571克，內含MDMA，淨重量0.802克。

在嫌犯甲住所之一（[地址(2)]），在鞋櫃中發現內有粉末的2張紙、一個內含45粒白色圓形藥片之紙盒、一包錫紙、一隻剪刀、1個膠秤、2個膠湯匙及1張預付電話卡，上面沾有白色粉末（參閱第52頁的扣押筆錄）。

白色粉末經化驗，證實淨總重量0.898克，內含氯胺酮，該物質淨重量0.465克。45粒藥片經化驗，證實淨重量3.811克，內含去甲三唑安定，淨重量3.811克，所有上述物品均有氯胺酮殘留物。

MDMA是1月28日第5/91/M號法令（第4/2001號法律修訂）附表II-A所列物質，氯胺酮是該法令附表II-C所含物質，去甲三唑安定是附表IV所列物質。

嫌犯乙被扣押的所有制品都是向嫌犯甲購得。

部分製品用於自己吸食，其他部分，即價值澳門幣4,500元的MDMA（約40粒）以及價值澳門幣3,500元的氯胺酮（現不可查明其份量）用於交給其朋友“丁”，後者於2003年9月6日16時，請求其協助購買毒品。

因此，嫌犯乙如往常一樣聯絡嫌犯甲，在事先約定後於當日晚20時在乙所住大廈附近將毒品交給乙。

嫌犯乙在其居所將前述藥片以及氯胺酮包成多個小包。

嫌犯甲向身份不明者購得被扣押之麻醉品，用於向第三人出售以及自己吸食。

嫌犯乙及甲被扣押的器具用於包裝毒品以及用於吸食的工具。

嫌犯們自由、自願及有意識地作出行為。

明知毒品的性質及特徵。

嫌犯們取得、保管及交易麻醉品，目的是取得或試圖取得金錢回報以及供個人吸食。
嫌犯乙明知丙不擁有法律要求在澳門逗留的文件，也因此不能夠收留在居所並安排食宿。
嫌犯們明知其行為是法律禁止及處罰的。

第一嫌犯無業，未婚，需照顧一名女兒。

部分自認事實，是初犯。

第二嫌犯無業，未婚，需照顧三個兒女。

部分承認事實，是初犯。

下列事實未獲證實：控訴書以及辯護狀所載的其餘事實，尤其是：

嫌犯乙被扣押的所有制品都是向嫌犯甲購得。

“丁”多次（至少兩次）請求嫌犯乙為其安排毒品。在這些時候，通常嫌犯乙打電話給嫌犯甲，約定在[酒吧(1)]交易毒品。

嫌犯甲每日吞食 1 粒 MDMA 以及兩小包氯胺酮。

嫌犯們知道不能持有前述物品作為吸毒工具。

嫌犯乙還知道不能與不持有法律要求在澳門逗留之文件者建立並維持工作關係。

指明用於形成法院心證的證據。

嫌犯聽證中的聲明。

證人丙作出的供未來備忘用的聲明（第 91 頁至第 93 頁）。

參與拘留嫌犯及調查事實，且公正無私作出敘述的司警證人證詞。

辯方證人證詞。

司警檢查報告書（第 122 頁起及續後數頁及第 179 頁起及續後數頁）。

調查中收集的並附於卷宗的其他文件及照片。

三、從確鑿事宜中我們發現嫌犯持有麻醉品用於向第三人讓予，同時也吸食這些製品。

嫌犯持有這些違禁物質，尤其第 5/91/M 號法令表 II-A，表 II-C 及 IV 所列物質。

經考慮這些物質在司警檢查報告書中顯示的淨重量，認定不構成法律規定的“少量”概念。

關於不當持有器具罪，合議庭認為被扣押的物品並不構成用於吸食被扣押麻醉品的適當及適宜之器具。

還證明第一嫌犯在暗中收留他人，明知其無逗留權，但沒有證實聘請其工作，因此只證實收留罪。

四、澳門《刑法典》第 65 條第 1 款及第 2 款規定：

“一、刑罰份量之確定須按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之。

二、在確定刑罰之份量時，法院須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，尤須考慮下列情節：

a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；

b) 故意或過失之嚴重程度；

c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；

d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；

e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；

f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。”

五、嫌犯們部分自認事實，均為初犯。

考慮到販賣罪的性質以及販賣的目的，其行為是嚴重的。

必須適用實際剝奪自由刑，因為任何其他處罰都不能達到犯罪預防的要求。

第一嫌犯得益於第 5/91/M 號法令第 18 條第 2 款規定的刑罰的特別減輕，因為他向司警人員提供資料並有助於拘捕第二嫌犯。

俱經考量。

六、綜上所述，裁定控訴理由部分成立，並且：

(一) 開釋嫌犯們 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 12 條規定與處罰的犯罪，開釋第一嫌犯第 2/90/M 號法令第 9 條第 1 款規定及處罰的犯罪；

(二) 判嫌犯乙以直接正犯及既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款及第 18 條第 2 款規定及處罰的犯罪，處以 6 年徒刑及澳門幣 6,000 元罰金；第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項犯罪，處以澳門幣 1,500 元罰金；第 2/90/M 號法律第 8 條第 1 款規定及處罰的一項犯罪，處以 5 個月徒刑；

(三) 數罪並罰，處以 6 年 2 個月徒刑以及澳門幣 6,500 元罰金。如果不繳納罰金或以勞役替代之，得轉換為 45 日徒刑；

(四) 判嫌犯甲作為直接正犯以既遂形式觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的犯罪，處以 8 年 3 個月徒刑以及澳門幣 8,000 元罰金；第 5/91/M 號法令第 23 條 a 項規定及處罰的一項犯罪，處以澳門幣 1,500 元罰金；

(五) 數罪並罰，判處 8 年 3 個月徒刑，澳門幣 8,500 元罰金，如果不繳納或以勞役替代，得轉換為 45 日徒刑。

訴訟費用由嫌犯們承擔，司法費定為 4 個計算單位，各人還應按 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條繳納澳門幣 600 元。

宣告所有麻醉品喪失歸澳門特別行政區，並適時銷毀。其餘物品返還正當所有權人。

製作登記表作刑事記錄。

[...]”；（參閱合議庭裁判內容，本案第 278 頁至第 284 頁內容原文）。

嫌犯甲／現上訴人上訴狀結論及請求如下：

“[...]

1. 根據被上訴法院所作的解釋，只要上訴人持有的毒品超過三日內個人所需吸食量，就足以判處第 5/91/M 號法令第 8 條規定及處罰的販賣麻醉品罪，即使同樣也已經證實此等毒品中不明的部分用於自己吸食亦然。

2. 對有關規範的這種解釋不可接受，因其不符合法律解釋的規則，並直接違反刑法基本原則。

3. 從該規範第 23 條的解釋中得出，如果行為人持有或取得禁用物質用於吸食，只要行為人持有不用作讓予或出售等，以取得更多製品供自己吸食（從而排除第 11 條），就應當只按吸食者處罰。

4. 而且，不以所查到的毒品種類或其份量（即使該份量超過了第 9 條第 3 款規定的量界定該規範的適用。

5. 因此，原審法院判處上訴人吸食麻醉品罪是正確的。

6. 在證實上訴人販賣毒品的情況下（因為已經證實意圖，但是沒有證實用於販賣的量），理論上就應當在本案~~中~~適用販賣麻醉品的三個法定罪狀（它們對應於三個不同的狀況），並且考慮到行為人持有毒品時的故意而酌科刑罰。

7. 在既沒有陳述也沒有證實第 11 條的故意的情況下，本案也許屬於第 9 條規定及處罰的少量販賣罪，也許屬於第 8 條規定及處罰的普通的販賣麻醉品罪。

8. 第 9 條包含了行為人作出第 8 條規定活動之一時的專門狀況（即使用少量麻醉品，而該量可以透過第 3 條規定具體化）。

9. 第 8 條則規定了行為人作出訂定罪狀的活動之一時的其餘情形（在此等情形中，沒有證實排他目的是取得禁用物質供自己吸食，或者販賣標的毒品之量超過個人三日所需吸食量）。

10. 為了適用此項或彼項規範（就處罰而言，這些規範的差別，在於 1 至 2 年徒刑以及 8 至

12 年徒刑)，實質是必須實際查明用於向第三人讓予的麻醉品之量。

11.任何其他立場（例如以有關份量認定毒品必然用於出售）將得出不正當的推定，導致舉證責任被顛覆，從而違反在有罪判決確定之前無罪推定的原則，在控方與嫌犯辯方的證據手段之間創造不平等。

12.已經確實證明上訴人將毒品向第三人讓予。

13.這一用途與吸食麻醉品的目的的競合，使被上訴的法院不可能從被扣押的全部物品中區別出上訴人用於吸食或讓予第三人的份量。

14.原審法院未能這樣做，就不應當判上訴人觸犯第 8 條規定及處罰的販賣罪。

15.關於上訴人持有用於向第三人讓予的麻醉品之量方面的疑問，必須有利於嫌犯而非對其不利。

16.這是罪疑唯輕原則及適用更有利的刑法的原則的必然產物。

17.被上訴的合議庭裁判沒有澄清為何不可能這樣做，以及用於向第三人讓予毒品之量是多少，因此，就不可能認定查明的事實構成第 8 條的販賣罪還是第 9 條的少量販賣罪，從而原審法院本應按照在適用刑法存疑的情況下應作出較少限制自由的解決辦法這一原則，認為已經符合了具體而言比較不嚴厲的制裁的規範，而不是像所作的那樣對嫌犯/現上訴人採取較嚴厲的制裁。

18.因此，應當按照對上訴人更有利的規範，即按照第 5/91/M 號法令第 9 條的規範處罰。

19.有關裁判違反了第 5/91/M 號法令第 8 條(因適用之)以及第 9 條的規範(因沒有適用之)，理由見上述。

20.為代理的穩妥起見，還應當表明：

21.面對著被上訴的合議庭裁判中無解釋上訴人持有的麻醉品用於吸食的量以及用於向第三人讓予之量，由於這種澄清對於確定適用規範的重要性（第 9 條或第 8 條），從而具備了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵。因此，應當移送卷宗重新審判，以查明上訴人具體用於自己吸食及向第三人讓予的份量。

22.在被上訴的合議庭裁判中，該瑕疵還發生在事實事宜方面 — 將上訴人家裏搜獲的 45 粒藥片（重量為 3.811 克）含有去甲三唑安定這種禁用物質視為獲證實，但沒有確定該物質的淨重量。

23.這使得具體確定變得重要，以便決定被扣押的麻醉品應否被定性為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款及第 3 款規定的少量 — 參閱終審法院第 7/2002 號案件的 2002 年 5 月 30 日合議庭裁判。

24.因為事實事宜的查明是基本的以及必需的，目的是允許將事實正確納入法律。

因此，按照法律[...]，應當裁定本上訴理由成立，相應地，應廢止被上訴的裁判，開釋現上訴人的販賣麻醉品罪，只判處與少量販賣罪真實競合的吸食罪。作為補充還應當確定移送卷宗以便查明上訴人持有的麻醉品中用於自我吸食及讓予第三人之量，查明被扣押藥片中存有的去甲三唑安定淨量。

[...]”；（參閱卷宗第 301 頁至第 304 頁內容原文）。

對這項上訴，駐被上訴法院的檢察院司法官答覆，認為應移送卷宗，其考慮如下：

“對於判處其 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定的犯罪，上訴人爭執。

試圖將這項罪名轉換為第 9 條第 1 款描述的罪名 — 或者如果不這樣理解，移送卷宗以澄清有關定性問題。

我們贊同第二項之訴求。而我們在這方面的考慮也構成了對第一項請求的答覆。

試看。

在我們看來，實際確定的事實事宜並不能判處上訴人第 8 條第 1 款規定及處罰的犯罪。

在我們看來它也不能支持將控罪轉換為第 9 條第 1 款之罪。

按照控訴書，查明上訴人持有被扣押的毒品 — 淨重量 2.396 克的氯胺酮以及淨重量 0.802 克的 MDMA — 用於“向第三人出售或者自己吸食”。

然而，沒有顯示作出相應的必要調查已確定“向第三人出售”之量。

這個要素對於將上訴人的行為納入有關規範之一是必需的。

在此方面，必須考慮到終審法院確定氯胺酮的少量值為淨重量 1 克，MDMA 的少量值為淨重量 300 毫克（參閱第 23/2002 號案件的 2003 年 3 月 5 日及第 28/2003 號案件的 2003 年 12 月 10 日合議庭裁判）。

確實，應當承認有關調查可能沒有結論。

但在此情形中，必須在裁判中表明之，從而對於是否追查這個問題不產生任何疑惑。

正如 **Figueiredo Dias** 所強調，“在調查證據後如合理的疑問繼續存在，必須使之有利於嫌犯，並導致在取得證明，對**嫌犯有利的情節之完整證據情況下應有之結果**”（參閱《D. P. P.》，第 1 卷，第 215 頁）。

這等於也表明，必須運用有疑義時利益歸於被告原則。

最近終審法院在相同意義上作出裁定（參閱第 6/2004 號案件的 2004 年 3 月 10 日合議庭裁判）。

然而，我們認為這並不能說明對於被扣押的去甲三唑安定藥片作定量分析有理。

不論這個分析是否可行，事實上應當考慮到，在附表二及附表四所列物質之販賣行為之規範之間，存在**表面競合狀況** — 在此方面，應當按照能確保更完善保護的規範（或者說按前述表二相關的規範）予以定罪。

綜上所述，在我們看來，面對著《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的情形。

在事實事宜範圍內還有另一個瑕疵。

事實上已經視為證實：嫌犯乙聯絡上訴人，“事先約定於當日晚上 20 時許在乙所住大廈附近將製品交給乙”。

但沒有證實“嫌犯乙被扣押的所有制品”向上訴人“購得”。

似乎可以推導出，獲證明的事實中所指的**製品**，是未獲證明的事實中所指的該嫌犯被扣押的**全部製品**。

在我們看來，面臨著一個**理由說明中不可補正的矛盾**（參閱第 400 條第 2 款 b 項）。

但即使如此，也可以在交付—接收及購得方面作出區別。

無論如何，如果排除這個明顯的矛盾，則在我們看來會浮現另一個**獲證明的事實事宜不足以支持裁判**的狀況。

為了對上訴人追究責任以及對其行為適當定性，必須查明哪些製品被交給該嫌犯及交付的份量。

相應地應當為著前述效力，按前述方式命令移送卷宗（見該法規第 418 條）。

[...]”；（參閱卷宗第 316 頁至第 320 頁內容原文）。

第一嫌犯／非上訴人乙（身份資料詳見現被上訴的合議庭裁判中），主張上訴理由不成立：

“[...]

（1）在其理由闡述中，上訴人指責被上訴的合議庭裁判違反 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條所含規範（因適用之）以及第 9 條（因未適用之），沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的獲證明的事實事宜不足以支持裁判之瑕疵。

（2）但是，我們謹認為上訴人無理，理由如下：

（3）關於前述首項瑕疵，經分析與事實法律定性有關的錯誤 — 審判錯誤 — 發現，與上訴人闡述的相反，確實查明了被扣押的麻醉品的總量中哪些用於讓予第三人及相應份量。

（4）事實上，在現被上訴的合議庭裁判中視為獲證實的事實事宜中，第 9 頁表明“在嫌犯乙身上搜獲的部分製品用於自己吸食，另一部分，即價值澳門幣 4,500 元的 MDMA（40 粒左右藥片）以及價值澳門幣 3,500 元的氯胺酮都用於交給名叫“丁”的女性朋友，這個朋友於 2003 年 9 月 6 日 16 時許請求協助購買之。

嫌犯乙聯絡嫌犯甲，隨後事先約定，該嫌犯在當日晚上 20 時在嫌犯乙所住大廈附近將製品交給嫌犯乙。

嫌犯乙在其住所將前述藥片以及氯胺酮包成多包。

嫌犯甲從不能認定身份的人處取得被扣押的麻醉品，用於向第三人出售及自己吸食（底線為我們所加）。

(5) 現轉錄的事實中清晰得出，答辯人擬給其朋友丁的約 40 粒 MDMA，是現上訴人甲 9 月 6 日 20 時在答辯人乙居所附近交給後者的。

(6) 同樣得出，前述藥品屬於答辯人乙被扣押物之列，隨後經化驗查明內含 MDMA，淨重量載於卷宗所附報告書中，為著所有法律效用，其內容在此視為全文轉錄。

(7) 考慮到答辯人乙占有的並被搜獲的 43 粒藥片（其中 17 粒藥片放在 XXX 大樓花園的樹上，26 粒藏在其居所[地址(1)]大廈樓梯間內），僅 17 粒藥片就已經內含淨重量 1.736 克 MDMA，其餘 26 粒包含淨重量 2.393 克 MDMA。很容易理解：已經視為證實的上訴人甲交給答辯人的此批約 40 粒 MDMA 藥片，在份量上大大超出了可定為少量的概念，相應地不可納入前引第 5/91/M 號法令第 9 條第 3 款規範。

(8) 因此現答辯人相信，由於現上訴人甲向現答辯人乙讓予約 40 粒 MDMA 藥片無重大疑問，且顧及化驗中查明的該物質的淨重量，就不能指責被上訴的合議庭裁判存有事實的法律定性錯誤，這一點與上訴人所主張的相反。

(9) 按照上文敘述的理由，不能理解如何指責現被上訴的合議庭裁判存有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的不充足的瑕疵，而上訴人是如此希望。因為被上訴的合議庭裁判解釋了上訴人讓予第三人（本案中向乙讓予，而乙則用於交給其朋友“丁”），麻醉品之量，換言之，至少約 40 粒 MDMA。

(10) 關於這一不充足瑕疵，它也是由上訴人提出的，而且是在沒有對所查獲的 45 粒藥片（淨重量 3.118 克）中的禁用物質“去甲三唑安定”之淨重量未作確定的情況下進行分析的（其目的是可將其定性為第 5/91/M 號法令第 9 條第 1 款及第 3 款規定的“少量”）。如果這一瑕疵成立，那麼鑑於它已被第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款之犯罪所吸收且相應地在對現上訴人劉小燕因觸犯該法令第 8 條第 1 款規定及處罰的犯罪而具體科處的處罰（8 年及 3 個月徒刑這一法定下限）中不予考慮，在法律重要性方面，則該瑕疵將被消融。

因此，應當否決提起的上訴理由成立，維持被上訴的合議庭裁判（參閱卷宗第 321 頁至第 322 頁內容原文）。

上訴上呈本中級法院，助理檢察長在卷宗第 332 頁範疇內表明，應維持當時遞交的上訴答覆中所載立場。

隨後作出了初步審查，法定檢閱已畢。本中級法院遵守澳門《刑事訴訟法典》第 414 條等規定舉行了審判聽證。

茲予裁判。

上訴人甲／第二嫌犯在上訴理由闡述結論中，作為上訴標的具體提出的實質核心問題有兩個：

— 關於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪的所謂事實之法律定性，這是主要問題。上訴人希望透過這個問題的成立而開釋此罪（由於罪疑唯輕原則，因沒有查明上訴人持有的麻醉品總量中哪些用於自己吸食，哪些用於向第三人讓予），作為替代，希望判處該法令第 9 條第 1 款之少量販賣罪—尤其參閱卷宗第 303 頁，理由闡述第 17-19 項結論）。

— 據稱的《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 a 項規定的獲證明的事實事宜不足以支持裁判的瑕疵，因為在上訴人被扣押的麻醉品總量中，沒有能查明用於自己吸食之量以及用於向第三人讓予之量，這是附加問題，該問題之成立將導致聲請的向初級法院移送卷宗重新審判（參閱理由闡述結論第 20-24 點，載於卷宗第 303 頁至第 304 頁）。

為了答覆這些問題，應當在此重溫我們關於 1 月 28 日第 5/91/M 號法令規定的不法活動罪狀適用方面的見解（尤其是本中級法院下列案件中重申的觀點：第 90/2004 號案件的 2004 年 5 月 20 日、第 260/2004 號案件的 2004 年 1 月 15 日及第 186/2003 號案件的 2003 年 9 月 25 日合議庭裁判）

1) 第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款販賣罪擬保護的法益是身心兩方面之公共健康，因此，販

實罪是抽象或推定危險犯，該罪的既遂不要求存在著一項真實的或實際的損害，僅對受保護的法益造成損害的風險和危險就已經足夠。

2) 1月28日第5/91/M號法令第8條第1款明確規定條件下簡單持有毒品，足以構成有關法定罪狀歸罪的“不法活動”之一，為此沒有必要舉出向第三人“讓予”毒品的若干具體行為的正面證據，這種讓予行為本身也構成該法定罪狀規定的“不法活動”之一。

3) 為著適用第5/91/M號法令第9條第3款，第9條不絕對要求在任何具體情況中均須以淨重來確定有關物質或製劑之量。因為，為著該條第1款可能產生之效果，必須考慮吸食有關毒品之情節，而第5款的規定正是這個精神。按第5款，為著第9條規定之效果，對於販賣中最流行的每種物質及製品之少量之具體量值，應按經驗法則及有權限實體之自由心證評價。

4) 在為每類有關物質或製劑訂定“少量值”時，不能過度地關注它的致命量，而應當更加適當地關注法律明確規定的“不超過3日內個人所需吸食量”。

5) 在沒有證實嫌犯實際吸食毒品之量以及是否每日吸食的情況下，必須按照在其條件下一般吸食者的吸食需要來推斷行為人之吸食需要量。

6) 如果法院在依職權調查案件標的後，從有關事實中得出：行為人知道某種或多種麻醉物質之一法律上被禁止的性質及特徵，雖然如此，仍然自願持有之，且明知這樣做會抵觸法律，同時，相同事實中沒有得出：作為人作出這種持有行為純粹及完全是為了本人吸食此等物質（從而排除了按照第5/91/M號法令第11條規定及處罰的可能性）；且行為人這個持有行為之排他目的不是取得物質或製劑用於自己吸食（從而也不能按該法令第23條處罰），那麼，該行為人因其持有行為應當以1月28日第5/91/M號法令第8條犯罪直接正犯的名義論處，（該犯罪可與該法令第23條規定及處罰的不法持有麻醉品供自己吸食罪之直接正犯真實實際競合，條件是依法指控且該行為人也是吸毒者一節視為獲事實），除非審理案件的有權限法院（且只有這個審判實體）按照該法令第9條第5款的精神，透過自由心證並按照經驗法則，認為行為人持有且在其控制中搜獲的麻醉物質的量“不超過三日內個人所需吸食量”，那麼行為人只能按第5/91/M號法令第9條之較輕刑幅論處。

7) 換言之，只要沒有證實持有毒品的排他目的是取得物質或製劑供個人使用，就不應當適用第5/91/M號法令第11條第1款描述的販賣—吸食者罪的減輕罪狀。只要法院認為在嫌犯掌握中搜獲的（因此是嫌犯持有的）毒品總量不是少量，就不應當也適用第5/91/M號法令第9條之少量販賣罪的減輕罪狀，這與下列問題無關（該問題本身對於簡單不法持有毒品情形中的判處無關緊要）：查明犯罪行為人掌握中搜獲的毒品總量中，哪部分或份額之目的是用於個人自己吸食或向第三人提供。因為鑑於第9條第3款的規定，就適用第9條之歸罪規範而言第9條沒有就此作出區分，因為第8條犯罪的性質是抽象或推定危險犯。

8) 無論何種情形，鑑於第5/91/M號法令第8條犯罪的法益以及保護該法益的必要性，在處罰其訂定罪狀的“不法行為”時，須考慮行為人在特定階段而非特定時刻掌握的麻醉品或其製劑的全部之量，因此，在第5/91/M號法令第9條之少量販賣罪，與該法令第8條之販賣及不法活動罪之間不能存在實際真實競合，因為，當證實在本案中同時存在著以下兩種行為——一種是未經法律許可而種植、生產、製造、提取、調製、提供、出售、分銷、購買、讓予、接受、向他人供應、運載、進口、出口或使之轉運一定量（可納入該法令第9條第3款定義的“少量”）的物質或其製劑。另一種是不法持有“超過個人三日內所需吸食量”（因此不視為少量）物質或製劑，但目的並非全部及排他用於行為人吸食。那麼，鑑於該法令第8條犯罪保護的法益，首項“不法行為”之不法性已經被第二項具較高不法性的持有毒品行為所吸收。除非本案中證實：該法令第8條第1款訂定罪狀的具體不法行為對象已查明是“少量”（而不是簡單持有該等“少量”），同時，又簡單不法持有純粹及全部用於行為人自己吸食的其他份量（不論是否“少量”）的麻醉品，因為在這個被視為極端例子的情形中（之所以極端，是因為按照人類經驗法則，某些吸毒者持有非“少量”麻醉品只是用於個人吸食，這不太可信），該行為人只應當被作為該法令第9條犯罪及第23條犯罪之正犯，以實際真實競合論處。

我們僅認為，按照我們的觀點（在按照《刑事訴訟法典》第419條第1款，甚至該法典第

429 條第 1 款，為著法律一致性而在確定司法見解的或有非常上訴中作出不同意義的強制性司法見解之前，應當在本案中維持我們在法律層面上的這一見解），顧及原判文中視為確定的事實事宜，我們認為現上訴人關於首項問題（所謂主要問題）的上訴明顯不成立，因為視為獲證實的事實確實可以判處上訴人作為正犯觸犯第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款的一項犯罪及該法令第 23 條 a 項的犯罪，正如前述第 7 點所闡述，對於因簡單不法持有毒品而被判處第 8 條之法定刑罰而言（上訴人正是這種情形，因其自由、自願、有意識地不法持有全部麻醉品，而按照審判者自由心證及經驗法則，這些麻醉品不能被視為等於或少於個人三日內所需吸食量），查明犯罪行為人控制中搜獲的全部毒品中哪個份額或部分用於自己吸食或者向第三人提供，並不重要。

上文結論中推斷出，關於這個補充問題（即上訴人基於相同陳述而提出的移送卷宗重新審判問題）之上訴同樣是脆弱的。因為按上述司法見解第 7 點闡述的立場，看不到任何適當意義上的獲證明的事實事宜不足以支持裁判。

簡而言之，必須裁定上訴理由全部不成立，因為上訴人在上訴理由闡述中指責的不法性/瑕疵不持理據。

按照上文所述，合議庭裁判否決嫌犯甲上訴理由之成立，司法費定為 4 個計算單位（澳門幣 2,000 元），由該嫌犯承擔。

命令透過澳門監獄將本裁判通知嫌犯／上訴人甲以及非上訴人／嫌犯乙。

陳廣勝（裁判書製作法官）— 賴健雄— José M. Dias Azedo（司徒民正，附具表決落敗聲明）

表決聲明

本人表決落敗。

正如在提出第 5/91/M 號法令第 8 條第 1 款規定及處罰的販賣麻醉品罪有關的相同問題之相似狀況一樣（其中最近的一些，尤其參閱本中級法院第 90/2004 號案件以及第 104/2004 號案件的 2004 年 5 月 20 日合議庭裁判所附表決聲明），本人認為，原審法院視為獲證明的事實事宜“不充分”及“模糊不清”，不允許作出法律上的裁判。因此，應當按照澳門《刑事訴訟法典》第 418 條移送本卷宗重新審判。正如助理檢察長在附予本卷宗的意見書中所表示的見解，其內容轉錄於前文合議庭裁判中。

我並不認為有理由變更一直視為適當的見解，是為聲明。

2004 年 7 月 22 日於澳門
José M. Dias Azedo（司徒民正）